

■III部 コメント 実社会のなかの法

1 はじめに

III部に集められたのは、いずれ劣らず著者の個性が際立つ4編の論文。統一を欠くようにも見えるが、それぞれに味わいがあり、実社会と法律との交錯を読み取れるものになっている。

私は社会学が専門で、法律についてほとんど知識の持ちあわせがない。コメント役には不適だが、法を、より広い社会現象のひろがりのなかで、どう考えていけば面白そうかというあたりを、門外漢の気楽さから述べてみよう。

2 7章「順法精神と権利意識」へのコメント

7章の棚瀬論文「順法精神と権利意識」は、日本社会の特殊な事情を考慮しつつ、あるべき法秩序への道筋を探ろうとしている。

棚瀬氏は、《本当の意味で社会に根を降ろした健全な法秩序》とは、《これから自分が行なおうとする権利主張の意味を深く問うていくことが、社会の隅々で、権利主張がなされるそのつど行なわれる……法秩序》であろう、と述べている。《法への批判精神を法秩序のなかに常駐させていく》のが、そのねらいである。

こうした主張は、近代主義の法理解、とりわけ、川島武宜氏の見解を批判する含みを持っている。川島氏のように、順法精神を強調しすぎると、日本のように国家が強すぎ個人が弱すぎる社会、しかも、《これまで法は本当の意味で国民のものとは観念されず、統治の手段としての色彩が強かった》歴史をもつ社会では、《個人を国家的な法秩序に組み込んでその権利主張を抑圧するという逆説的な結果を招く危険もある》からだ。

もちろん、近代主義の法理解にも、批判的な契機はある。たとえば、道徳を楯に、「悪法は法でない」とするラートブルフ(Radbruch, R.)の説。それに

対して、「悪法も法である」として、法と道徳を切断し、道徳に人間性の足がかりを残そうというハート(Hart, H. L. A.)の説。しかし棚瀬氏は、その種の批判に限界をみる。《法が国家によって作られ、執行されるものであるかぎり、「法を守る」という姿勢のなかには、「国家に服従する」という契機が本質的に潜んでいる》からだ。むしろ、《順法義務の強調を止め、法の権威化、批判の外在化を抑えて、法そのもののなかに批判を内在させて》いかなければならない。

順法義務の強調に限らず、やみくもな権利主張も有害であるという。《一般には権利主張は、国家による権利の救済を求めることを意味し、……国家が国民に「法を守らせる」ことのなかに吸収されていくからである》。そこで、自分の権利主張を括弧にいれ、《相手との間で「権利を争う」状態を意識的に作り出していく必要がある》。こうして《法も……争いのなかで変化しうるものであるという意識》、「法道具観」をわれわれが育てていくことが、日本の法秩序をバランスのとれたものにする道である、と棚瀬氏は主張する。

以上のように、氏のいわんとするところは明快だ。そして、近代主義と日本の法文化、伝統との間にギャップがあるという指摘にも、賛成できる。

ひとつ違和感が残ったのは、この論文に、反権力、反国家の大前提が、当然のように置かれていることだ。国民の権利を抑圧するような権力なら、これを排撃すべきなのは言うまでもない。しかし権力は、法システムの裏づけとしても機能しているはずであり、価値ニュートラルなものではないのか。「権力が法を制定する」一方、「法が権力を創出する」という契機もあり、それが民主主義の大前提だったはずだ。権力にたずさわる立場の国民に対し、《順法精神》をさほど強調しないのでは、かえって有害であろう。権力対国民の図式のなかで、国民の権利意識を論じることながら、権力をコントロールする順法精神についても、論じられていればなおよかった。

3 8章「弁護士の社会的役割」へのコメント

石村氏の論文「弁護士の社会的役割」は、日本の法曹界のデータをふんだんに駆使して、弁護士の実像を浮き彫りにした興味深い一編である。これを読むだけで、これまで曖昧だった弁護士像が、数字によって確認されたり修正を迫

られたり、かなり正確になったように思う。

データが具体的で、説得的なので、これ以上コメントすべきこともないのだが、少しだけ蛇足を述べておく。

前章の棚瀬論文とも関係があるが、日本が独自の法文化を持っていることと、ここで紹介されている弁護士の実像との関係はどうなのか。たとえば、訴訟大国アメリカの弁護士数は、日本の20倍あまり、裁判件数も日本の数十倍と見つめられる。明らかに、裁判や弁護士の社会的機能が、日本とアメリカでは違っているのだろう。あるいは日本では、弁護士以外に、議員とか官僚とかヤクザとか、よく似た役割を果たしてしまうせいなのか。もしもこうした比較の視点があれば、ここでのデータがもっと生きてくると思った。

日本の弁護士制度は、十分社会的に機能しているのだろうか。司法試験の改革問題。合格者の人数や選考方法を含めて、繰り返し問題点が指摘されながら、みるべき成果はあがっていない。弁護士という社会集団、さらには裁判制度、法そのものが、国民にとってもうひとつ身近にならないのは、こうした現状にも問題があろう。そういう点への言及も望みたいところだった。

4 9章「紛争解決行動と法」へのコメント

長谷川氏の「紛争解決行動と法」は、社会学の議論をベースにして、法現象を、紛争の特殊なケースと位置づけている。

長谷川氏がまず強調するのは、紛争がどれほど無秩序に見えようと、当事者たちが大なり小なり規範を共有していることだ。規範にコントロールされる度が最小であれば、純然たる闘争、最大であれば、競争になる。そう考えたうえで、紛争の過程を、社会学の一般的な枠組みで分析していくのだが、論者が年来練り上げた議論だけに、的確にポイントを衝いている。

つぎに紛争は、どういう場合に法現象となるか。紛争が解決にいたるプロセスに第三者が介入するケースのうち、第三者が裁定者としてふるまう場合がそれであるという。《裁判制度の本質はこの裁定行為にある》。そして、裁判過程を制御する規範として、法が位置づけられている。《裁判過程の本質は、法と呼ばれる、すでに制度化された紛争処理規範によって紛争処理過程が制御されることにある》。こうした理解が、川島武宜氏の法の制御論とほぼ平行してい

るのは見やすい。

法を、紛争の特殊ケースとして位置づけるのは、社会学的なアプローチとして当然の行き方のひとつであろう。たしかに、裁判と法は不可分であり、また、裁判は制度化された紛争解決のプロセスである。この事実がこの論文を貫く柱であり、強みになっている。だが、同時に、法のこれ以外の側面に、光をあてにくくしているようにも思われる。

法をひとつの全体的なシステムとしてみるならば、裁判はその一局面にすぎない。また、すべての法がもっぱら裁判規範として存在しているわけでもない。たとえば、権限を与えるタイプの法、組織を設置する根拠となる法などは、もう少し違った機能をもっていよう。

三権分立の原則をもった国家を取り扱うにも、紛争モデルでは限界があるように思う。国家は細部にいたるまで、直接、法によってコントロールされている。そして、裁判機能は国家のごく一部分に局限されている。それ以外に、立法や、行政（政令、施行規則の制定を含めて）の分野もあろう。

また紛争モデルでは、どうしても民事中心の法理解になるが、もうひとつ刑事法の体系があり、これは必ずしも紛争の両当事者+裁定者、という図式に収まらない。違法行為を取締まるのは、必ずしも被害者の訴えを必要としないし、被害者の存在すら必要としない場合もあるからだ。

紛争モデルは一般性の高い議論なので、もちろん工夫しだいで、法現象のこうした側面もうまく説明できるのかもしれない。いずれにせよ、もう少し法体系の具体的な細部まで考察したほうが、社会学的アプローチの説得力が否定できないものになると思うのである。

5 10章「社会システムと法」へのコメント

最後に、公文氏の論文「社会システムと法」は、もっとも一般的な社会システムの定式から、法のあり方を分析的に記述しようという、意欲的な試みである。議論の抽象度が高いので、慣れないと取付きにくいかもしれないが、具体的な実例を思い浮かべれば、応用可能性の豊かな議論だとわかるだろう。

議論のひとつのポイントは、主体である。《社会システムは、それ自体もまた1個の主体とみなしうるかどうかを基準として、2種類……に大別できる。

前者を複合主体……と呼び、後者を非主体型社会システム……と呼ぶことにしよう。国家は複合主体の一例であるのに対し、国際システムや、西欧中世は、非主体型システムであるとされる。そして、公文氏の理解によると、《法とは、第一義的には、……複合主体（の政府、あるいはその特定の部局）によって、制定……されたものである》。要するに、国家が制定したものを、法といい、国際法や「中世の古きよき法」を法（典型）とは考えない。

公文氏は、《決定的に重要なのは、法は、複合主体（の政府）によって制定されるとみる観点》だと述べる。続けて《この点について学説が分かれていることは承知している》と注意しているが、そういう説を斥けて、どうして上のように考えなければならないのかが問題であろう。

公文氏のように考えてしまうと、法を狭くとらえすぎることにならないだろうか。西欧近代の制定法は、たしかに、公文氏の定義に合致していよう。けれども、それ以外にも、どこからみても法であるのに、国家が制定したのではない例が、いくらでも考えられないか。

たとえば、イスラム法はどうだろう。ムハンマドの口述によるテキスト『コーラン』があるから、それはいちおう制定法の一つであろう。しかしそれは、人間の作ったものではなく、人間の手が加わることも許されない。その後、伝承（スンナ）や判例によって、法体系として整備されていった。その結果、法学者の学説解釈や裁判過程をそなえた、近代法以前のもっとも完備した法体系となった。注意すべきことは、イスラム法が国家による制定法と無関係で、それよりも優位していることだ。

イスラムの法秩序は、統治権力と独立な、慣習法のようなものになっている。こういうケースを考えると、国家の制定法のみを《法》と考えることは、議論の射程を狭めてしまうのではないか、と思われてくる。一般システム論に立脚するにしても、別の選択——国際法のように、政府が制定した法でなくても、慣習法や下位主体を規制する規範であれば、法と考える——が可能だし、自然ではないか。とりあえずそのことだけ、コメントしておこう。

IV部 法過程の動態

III部 法文化とシステム

7章 順法精神と権利意識 ……………	棚瀬 孝雄	130
1節 問題の所在 ……………		130
2節 順法精神から批判精神へ ……………		134
3節 争訟型法秩序 ……………		139
4節 法主体性の尊重 ……………		144
8章 弁護士の社会的役割 ……………	石村 善助	154
1節 弁護士制度——その特色 ……………		154
2節 弁護士業務の実態 ……………		158
3節 弁護士の自我像と社会像 ……………		165
9章 紛争解決行動と法 ……………	長谷川 公一	174
1節 紛争と社会システム ……………		174
2節 紛争解決と意思決定 ……………		180
3節 紛争解決と法 ……………		184
10章 社会システムと法 ……………	公文 俊平	190
1節 主体と行為 ……………		190
2節 相互行為と権利 ……………		195
3節 社会システムと複合主体 ……………		198
4節 複合主体と法 ……………		201
5節 法と社会 ……………		207
■コメント 実社会のなかの法 ……………	橋爪 大三郎	212